



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA LOMBARDIA
(Sezione II)

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso r.g. n. 246/2007, promosso dalla sig.ra Margherita Alafleur, rappresentata e difesa dagli avv.ti Cristina Botto e Mariangela Melliti e con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R., in Milano, via del Conservatorio, 13

contro

il Comune di Milano in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Maria Rita Surano, Armando Tempesta ed Alessandra Montagnani–Amendolea e con domicilio eletto presso gli uffici dell’Avvocatura Comunale, in Milano, via della Guastalla, 8

per l’annullamento, previa sospensione,

- dell’ordinanza del Comune di Milano–Settore Sportello Unico per l’Edilizia del 23 ottobre 2006, nr. 902475/2006 – Zona 7, notificata il 13 novembre 2006, con cui è stata ingiunta la demolizione di opere abusive ed il ripristino della situazione preesistente;

- di tutti gli atti antecedenti, preordinati, consequenziali e comunque connessi.

VISTO il ricorso con i relativi allegati;

VISTO l’atto di costituzione in giudizio del Comune di Milano;

VISTA la domanda di sospensione degli atti impugnati, formulata in via incidentale dalla ricorrente;

VISTA l’ordinanza cautelare n. 216/07 del 13 febbraio 2007, con la quale è stata respinta la suddetta domanda incidentale di sospensione;

VISTE le memorie e documenti prodotti dalle parti a sostegno delle rispettive tesi e difese;

VISTI tutti gli atti di causa;

NOMINATO relatore, alla pubblica udienza del 5 giugno 2007, il Referendario dr. Pietro De Berardinis ed udito lo stesso;

UDITI, altresì, i procuratori presenti delle parti costituite, come da verbale;

RITENUTO in fatto e considerato in diritto quanto segue

FATTO

La ricorrente, sig.ra Margherita Alafleur, espone di essere proprietaria di un terreno sito nel Comune di Milano, in via Caio Mario 53/A, distinto nella mappa del Catasto Terreni di detto Comune al foglio n. 286, mappali nn. 287 e 288.

Il 13 ottobre 2006 l’Amministrazione effettuava un sopralluogo in detta area, riscontrando la costruzione di opere edilizie realizzate abusivamente.

In particolare, veniva accertata la realizzazione di un manufatto prefabbricato monoblocco, suddiviso in quattro vani ed appoggiato a blocchetti di cemento che lo tenevano sollevato dal terreno, dotato di allaccio alla rete elettrica e ad una fossa biologica.

Si accertava, altresì, la realizzazione di un pozzo per l’estrazione dell’acqua dal sottosuolo e di una fossa biologica.

Infine, veniva riscontrata la presenza di un riporto di materiale inerte di circa cm. 60, al fine, presumibilmente, di dotare l'area di una superficie uniforme.

Le opere eseguite risultano sformate di titolo edilizio, nonché realizzate su un'area sottoposta a vincolo ex l. n. 431/1985, situata all'interno del Parco Agricolo Sud Milano.

A seguito di tale accertamento, il Comune di Milano–Ufficio Sportello Unico per l'Edilizia ha quindi adottato, in data 23 ottobre 2006, l'ordinanza n. 902475/2006 – Zona 7, con cui ha ingiunto all'odierna ricorrente la demolizione delle suindicate opere abusive ed il ripristino della situazione preesistente.

Avverso la predetta ordinanza è insorta la sig.ra Alafleur, impugnandola con il ricorso in epigrafe e chiedendone l'annullamento, previa sospensione, per i seguenti motivi:

- violazione di legge in relazione agli artt. 4 e 7, 8, 9, 10 e 11 della l. n. 241/1990 ed eccesso di potere per difetto dell'istruttoria e della motivazione, in forza dell'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento e della conseguente impossibilità per l'interessata di intervenire nel procedimento stesso;
- violazione di legge in relazione all'art. 3 della l. n. 241/1990, nonché eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, per non essere state indicate nell'ordinanza impugnata le ragioni di diritto poste a fondamento della stessa;
- violazione di legge in relazione agli artt. 22, 27, 31 e 37 del d.P.R. n. 380/2001 ed eccesso di potere per travisamento dei fatti, erronea valutazione dei presupposti ed illogicità, giacché le opere eseguite, per la loro natura, sarebbero irrilevanti dal punto di vista urbanistico e non necessiterebbero di permesso di costruire, ma, al più, potrebbero reputarsi soggette a D.I.A., con conseguente applicabilità della sola sanzione pecuniaria ex art 37 cit.;
- eccesso di potere per travisamento dei fatti, errore dei presupposti, carenza di istruttoria e di motivazione, illogicità, irragionevolezza, sviamento, in quanto l'opera abusiva non sarebbe in sé oggettivamente idonea ad integrare una nuova edificazione.

Si è costituito in giudizio il Comune di Milano, depositando memoria con cui ha eccepito l'infondatezza del gravame, chiedendone, quindi, la reiezione, previa reiezione, altresì, della domanda incidentale di sospensione.

Nella Camera di Consiglio del 13 febbraio 2007 il Collegio, considerato che le caratteristiche del manufatto prefabbricato e delle altre opere abusive si rivelavano, ad un sommario esame degli atti, tali da richiedere la previa acquisizione del permesso di costruire, con ordinanza n. 216/07 ha respinto la domanda cautelare.

In vista dell'udienza di merito, il Comune resistente ha depositato un breve memoria ed un documento attestante il perdurare dell'abuso, insistendo per il rigetto del ricorso.

All'udienza del 5 giugno 2007 la causa è stata riservata dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe viene impugnato il provvedimento del Comune di Milano–Ufficio Sportello Unico per l'Edilizia prot. n. 902475/2006 – Zona 7 del 23 ottobre 2006, recante ordine di demolizione delle opere abusive, di cui era stata accertata la presenza nell'area sita in via Caio Mario n. 53/A, di proprietà della ricorrente, nonché di ripristino della situazione preesistente.

Con il primo motivo di gravame la ricorrente – che non contesta la natura abusiva delle opere realizzate – si duole del fatto che non le sia stata inviata una formale comunicazione di avvio del procedimento preordinato all'adozione dell'ordinanza di demolizione, senza che nell'atto *de quo* siano state indicate le ragioni di siffatta omissione. Inoltre, non le è stato comunicato nemmeno il nominativo del responsabile del procedimento.

Sottolinea come dal mancato avviso dell'avvio del procedimento le sia derivato un duplice pregiudizio: qualora fosse stata avvisata, da un lato, avrebbe potuto presentare un'istanza di accertamento di conformità *ex art.* 13 della l. n. 47/1985 (ora art. 36 del d.P.R. n. 380/2001), dall'altro, avrebbe potuto rappresentare all'Amministrazione tutte le circostanze, esposte nel gravame, utili ad una diversa conformazione della scelta amministrativa.

La doglianza è infondata.

Va premesso che in giurisprudenza è assai discussa la necessità della previa comunicazione dell'avvio del procedimento preordinato all'adozione dell'ordinanza di demolizione di opere abusive.

In proposito, ritiene però il Collegio che la legittimità dell'omissione di una tale avviso nella fattispecie *de qua* non si possa desumere puramente e semplicemente dal carattere vincolato dell'ordinanza in questione, nemmeno in applicazione del principio di speditezza dell'azione amministrativa (invocato da T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 4 dicembre 2006, n. 13652), alla luce dei ristretti limiti entro i quali l'art. 21-*octies*, comma 2, prima parte, della l. n. 241/1990 consente di fare a meno del predetto avviso, in caso di attività vincolata della P.A..

Com'è noto, infatti, la disposizione in discorso, per le ipotesi di attività vincolata della P.A., esclude l'annullabilità del provvedimento affetto da vizi formali o procedurali (quale si deve considerare l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento), solamente se risulti palese che il contenuto dispositivo del medesimo provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Ad avviso del Collegio, va pertanto condiviso l'orientamento secondo cui, in base ai principi desumibili dall'art. 21-*octies* cit., un'ordinanza di demolizione di opere abusive, adottata in mancanza della comunicazione di avvio del procedimento, deve ritenersi illegittima ove non sia accertata in giudizio la superfluità di siffatta comunicazione (T.A.R. Trentino Alto Adige, Bolzano, 8 febbraio 2007, n. 52).

Nel caso di specie, tuttavia, ritiene il Collegio che non possa parlarsi di una vera e propria omissione, da parte del Comune di Milano, della comunicazione di avvio del procedimento preordinato alla demolizione delle strutture abusive, avendo avuto l'interessata sentore dello stesso, sia pure *aliunde*.

Ciò emerge, innanzitutto, dalla circostanza – risultante dalla relazione di sopralluogo – che il predetto sopralluogo si è svolto alla presenza della ricorrente, "*appositamente convocata*", la quale, perciò, ha potuto in tale sede comprendere che si stava per avviare nei suoi confronti – per gli abusi di cui era stata accertata l'esistenza – il procedimento sanzionatorio destinato a sfociare nell'ordinanza impugnata.

Inoltre, la ricorrente non ha contestato l'affermazione della difesa comunale, secondo cui il 18 ottobre 2006 ella si sarebbe recata presso gli uffici comunali, assistita dal proprio tecnico di fiducia, e lì sarebbe stata ulteriormente resa edotta della rilevanza urbanistica ed edilizia delle opere realizzate abusivamente sull'area di sua proprietà.

Alla luce di ciò, osserva il Collegio che legittimamente il Comune di Milano ha deciso, nel caso di specie, di prescindere dalla comunicazione di avvio del procedimento di demolizione delle opere abusive.

Deve essere, infatti, condiviso l'indirizzo, secondo il quale la comunicazione di avvio del procedimento, al pari di tutte le altre regole sulla partecipazione dettate dalla l. n. 241/1990, non può applicarsi in modo acritico o formalistico, ma va letto alla luce dei criteri generali che governano l'azione amministrativa ed individuano i contenuti essenziali del rapporto tra esercizio del pubblico potere e tutela del privato (ragionevolezza, proporzionalità, logicità ed adeguatezza), sicché da essa si potrà prescindere quando l'interessato abbia comunque

acquisito *aliunde* la conoscenza del procedimento, in una fase che sia idonea a consentirgli la prospettazione di fatti, documenti, memorie ed interpretazioni di cui la P.A. procedente possa tenere conto in sede di emanazione del provvedimento finale (T.A.R. Liguria, Sez. II, 22 giugno 2006, n. 655).

Nella fattispecie in esame, infatti, la ricorrente ha acquisito conoscenza del procedimento in un momento – 13 o al più 18 ottobre 2006 – in cui era ancora in condizione di partecipare al procedimento e di prospettare all'Amministrazione quegli elementi che poi hanno costituito oggetto delle doglianze esposte nel gravame.

In più, va aggiunto che è del tutto infondato che l'omessa comunicazione formale dell'avvio del procedimento abbia impedito all'interessata di presentare istanza di sanatoria *ex art. 13* della l. n. 47/1985, ben potendo la suddetta istanza essere presentata anche dopo l'adozione dell'ordine di demolizione.

Se ne desume l'infondatezza dell'ora vista censura.

Parimenti infondato è, poi, il secondo motivo di ricorso, con cui viene dedotta la violazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990, in quanto il provvedimento impugnato sarebbe sprovvisto di motivazione, non recando esso l'indicazione delle ragioni di diritto su cui si fonda.

In proposito, è sufficiente rilevare come, contrariamente a quanto asserito dalla ricorrente, il provvedimento *de quo* si debba ritenere adeguatamente motivato con riferimento al carattere abusivo delle opere, in quanto realizzate senza la preventiva acquisizione del relativo titolo edilizio e quindi in violazione dell'art. 67 del Regolamento edilizio comunale.

Del resto, a ben vedere l'ordinanza non si limita a ciò, ma evidenzia, altresì, come le opere in questione si trovino su un'area sottoposta a vincolo *ex l. n. 431/1985* e situata dentro il Parco Agricolo Sud Milano.

Nel caso di specie risulta, quindi, pienamente assolta la funzione della motivazione, la quale consiste nel consentire al cittadino di ricostruire l'*iter* logico-giuridico attraverso il quale la P.A. si è determinata ad adottare un atto, in modo da permettergli di controllare il corretto esercizio del potere, e di poter far valere, se del caso, le proprie ragioni: l'Autorità emanante deve, pertanto, mettere il destinatario dell'atto amministrativo in condizione di conoscere le ragioni ad esso sottese (C.d.S., Sez. IV, 4 aprile 2006, n. 1750), ciò che si è indubbiamente verificato con riferimento all'ordinanza gravata.

Passando all'esame del terzo motivo di ricorso, con esso si deduce la violazione degli artt. 22, 27, 31 e 37 del d.P.R. n. 380/2001, nonché l'eccesso di potere per travisamento dei fatti, erronea valutazione dei presupposti ed illogicità.

In particolare, la ricorrente afferma che le opere eseguite sarebbero irrilevanti sotto il profilo urbanistico e non necessiterebbero di permesso di costruire, ma, al più, sarebbero sottoposte a D.I.A.: per esse, pertanto, non potrebbe venire irrogata la demolizione, ma solo la sanzione pecuniaria *ex art. 37* del d.P.R. n. 380 cit., in quanto realizzate in assenza della D.I.A..

Nello specifico, il manufatto prefabbricato sarebbe opera precaria, tesa a soddisfare esigenze contingenti, temporanee e limitate, di ricovero della famiglia durante il periodo invernale, e perciò non sarebbe idoneo a comportare una trasformazione urbanistica del territorio.

La precarietà del manufatto – e quindi la non necessità, per esso, della concessione edilizia – sarebbe dimostrata dalla sua facile rimuovibilità, trattandosi opera non ancorata al suolo, ma che poggia su ruote che ne consentono l'immediato spostamento.

Per quanto riguarda, invece, il pozzo per l'estrazione di acqua dal sottosuolo, la ricorrente avrebbe presentato il 14 luglio 2006 domanda di escavazione di un pozzo ad uso domestico, sicché, in pendenza del procedimento su tale domanda, sarebbe illegittimo un provvedimento

– quale l’ordinanza gravata – che ordinasse la demolizione del suddetto pozzo, scavato senza concessione, ma tempestivamente denunciato dalla proprietaria.

Inoltre, l’ordine di chiusura di un pozzo dovrebbe essere fornito di idonea motivazione circa le ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l’adozione, a ciò non bastando il fatto che l’opera sia stata realizzata senza titolo edilizio.

In ordine alla fossa biologica, la ricorrente rileva come la stessa fosse già esistente sull’area al momento in cui ne è divenuta proprietaria, poiché, al tempo dell’acquisto del terreno, su di esso insisteva, quale opera regolare, un deposito di attrezzi comprendente un bagno collegato alla fossa biologica contestata.

Infine, quanto al riporto di materiale inerte, la ricorrente nega che questo abbia uno spessore di 60 cm. e che sia stato posato per una futura edificazione, trattandosi dello spianamento di un terreno a scopo meramente agricolo.

Le doglianze non possono essere condivise.

In particolare, le opere contestate comportano indubbiamente una trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio e sono perciò assoggettate, in base all’art. 10 del d.P.R. n. 380/2001, al previo rilascio del permesso di costruire.

Ed invero, quanto al manufatto prefabbricato, si rammenta la costante giurisprudenza, per la quale anche un’opera prefabbricata e priva di fondazioni assume il carattere di costruzione, soggetta al regime concessorio, ove sia destinata a funzione permanente e non precaria (cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, ord. 4 maggio 2006, n. 1080/06).

Nel caso di specie, l’allaccio alla rete elettrica e la presenza del pozzo d’acqua e della fossa biologica – ma anche lo stesso riporto del terreno, volto all’ottenimento di una superficie uniforme sull’area interessata – depongono chiaramente per la natura permanente e non certo precaria dell’opera *de qua*.

Né si può obiettare alcunché in contrario, argomentando dall’uso stagionale del manufatto e dalla sua facile rimuovibilità, in quanto dotato di ruote.

La giurisprudenza (cfr., *ex multis*, Cass. pen., Sez. III, 21 ottobre 1998, n. 12890), anche di questo Tribunale (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 18 luglio 2005, n. 3355), ha, infatti, precisato che la precarietà e temporaneità di un’opera edilizia – che rendono non necessaria la concessione edilizia (oggi permesso di costruire) – non si possono desumere dalla natura stagionale dell’attività e della funzione da esso assolta.

Invero, la precarietà e la temporaneità comportano l’uso *una tantum* dell’opera, che dunque, al cessare dell’attività, non dovendo più essere riutilizzata, giacché l’attività non si ripeterà, viene definitivamente rimossa.

Perciò, il permesso di costruire non occorre soltanto per i manufatti di assoluta ed evidente precarietà, destinati a soddisfare esigenze di natura contingente ed a essere rimossi dopo l’utilizzo temporaneo, né tale requisito può dedursi dalla soggettiva destinazione dell’opera, in quanto dipende non dalla rimuovibilità delle parti che compongono il manufatto, ma dalla sua concreta destinazione, cronologicamente determinata (Cass. pen., Sez. III, 19 novembre 2004, n. 44902).

Il carattere stagionale della struttura comporta, invece, che essa risulta destinata ad essere riutilizzata ad ogni sopravvenire del periodo di riferimento, perchè l’attività che vi si svolge, sebbene si svolga solo per una parte dell’anno, è, comunque, destinata a ripetersi nel tempo (Cass. pen. Sez. III., n. 12890/1998 cit.).

In questo senso, la più recente giurisprudenza ha chiarito che in materia edilizia, ai fini della necessità del preventivo rilascio della concessione edilizia (ora permesso di costruire) non rileva il carattere stagionale del manufatto realizzato, considerato che il carattere stagionale

non comporta la precarietà dell'opera, potendo essere la stessa destinata a soddisfare bisogni non provvisori, attraverso la perpetuità della sua funzione (Cass. pen., Sez. III, 21 febbraio 2006, n. 13705).

Da quanto si è finora detto si desume la necessità della concessione edilizia (ora permesso di costruire) per il manufatto di cui si discute, atteso il suo palese carattere non precario, che si ricava pure dal documento depositato dal Comune in vista dell'udienza di merito, recante, in esito a sopralluogo della Polizia locale del 19 febbraio 2007, l'attestazione della mancata rimozione del predetto manufatto e, quindi, del perdurare della sua presenza.

Né rileva, al fine di definire l'opera come precaria e perciò di esonerarla dal titolo, l'agevole rimovibilità dell'opera insita nel non essere la stessa ancorata al suolo, poggiando essa su ruote che ne permetterebbero l'immediato spostamento.

Infatti, ciò che rende durevole un'opera è la sua destinazione per un utilizzo lungo un'intera stagione, con riutilizzo nelle stagioni successive (Cass. pen. Sez. III, n. 12890/1998 cit.).

La giurisprudenza è costante nell'escludere che la temporaneità e precarietà di un manufatto possa ricavarsi *sic et simpliciter* dall'essere questo smontabile: a tal fine non basta neanche che il manufatto non sia infisso al suolo (Cass. pen., Sez. III, 12 luglio 1995, n. 10058; id. 18 febbraio 1999, n. 4002).

Proprio con riguardo ad un manufatto poggiante su ruote (nel caso di specie, una *roulotte*), è stato affermato che è soggetto a concessione edilizia il manufatto che, pur se non infisso nel suolo, ma solo aderente in modo stabile ad esso, è destinato a un uso perdurante nel tempo, giacché produce una trasformazione urbanistica ogni intervento che alteri in modo rilevante e duraturo lo stato del territorio, a nulla rilevando la precarietà strutturale del manufatto, ove non si traduca in un uso per fini contingenti o specifici (T.A.R. Veneto, Sez. II, 10 febbraio 2003, n. 1216).

Per quanto riguarda le altre opere contestate (pozzo, fossa biologica e riporto del terreno), si tratta di opere con evidente funzione pertinenziale rispetto al manufatto prefabbricato, di cui, perciò, seguono la sorte (T.A.R. Lombardia, Milano, ord. n. 1080/06 cit.).

Comunque, la circostanza che la fossa biologica fosse preesistente all'acquisto dell'area da parte dell'odierna ricorrente è del tutto irrilevante e non vale certo a dimostrare la regolarità dell'opera, che, anzi, risulta smentita dalla documentazione depositata dal Comune (v. doc. 3 della difesa comunale), comprovante il rilascio della sanatoria solo per un deposito di attrezzi agricoli, senza alcuna indicazione di servizi igienici.

Da ultimo, a riprova che le opere contestate integrano una palese trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio, concorre la documentazione fotografica versata in atti dalla difesa comunale (cfr. le otto fotografie allegate al doc. 1 del Comune).

Da quanto ora detto si ricava l'infondatezza non solo della censura ora esaminata, ma anche di quella contenuta nell'ultimo motivo di ricorso, basata sul fatto, che nel caso di specie, non ci si troverebbe dinanzi ad una nuova edificazione, ma ad un mero manufatto artigianale, che non presenterebbe elementi costruttivi idonei a costituire un nuovo volume.

È evidente, invece, alla luce di ciò che si è poc'anzi esposto, che quelle contestate sono opere abusive, integranti un intervento di nuova costruzione, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 10, comma 1, lett. a), del d.P.R. n. 380/2001, sicché correttamente il Comune ha esercitato il potere repressivo degli abusi edilizi ex art. 31 del d.P.R. n. 380 cit., tenuto, per di più, conto che la ricorrente non ha contestato la sussistenza del vincolo di cui alla l. n. 431/1985 sul terreno interessato da dette opere.

In definitiva, dunque, il ricorso è infondato e, come tale, va respinto.

Sussistono, comunque, giusti motivi per disporre la compensazione delle spese, tenuto conto della complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sede di Milano, Sezione Seconda, così definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Compensa le spese.

Demanda alla Segreteria per gli adempimenti di competenza.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano, dal T.A.R. per la Lombardia, Sezione II, nella Camera di Consiglio del 5 giugno 2007, con l'intervento dei signori magistrati:

MARIO AROSIO Presidente

CARMINE SPADAVECCHIA Consigliere

PIETRO DE BERARDINIS Ref., estensore